

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA À LUZ DA TEORIA DE RONALD DWORKIN

Loiane Prado Verbicaro*

1 INTRODUÇÃO E COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

O trabalho consiste na análise de dois vetores atuais da discussão sobre o papel do Poder Judiciário: a democracia e a judicialização da política.

Para tanto, torna-se necessário elucidar alguns pontos sensíveis ligados à essa análise. São eles:

Pode-se considerar ofensivo à democracia que questões políticas sejam decididas por tribunais e não pelos representantes eleitos pelo povo?

Conceder ao Judiciário a última palavra em uma série de questões que envolvam aspectos centrais de uma nação - inclusive os políticos - é o meio adequado para a garantia dos princípios democráticos?

Qual o papel que o Poder Judiciário desempenha à construção de uma democracia que esteja em consonância com a preservação e o respeito aos direitos fundamentais?

Para responder a essas problematizações, analisar-se-á as funções exercidas pelo Poder Judiciário nas democracias contemporâneas por intermédio de uma perspectiva jurídico-político-democrática, tal como concebida por Ronald Dworkin.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Um dos principais pontos sensíveis concernentes a uma concepção estatal pautada em base democrático-republicana é o da separação dos poderes. Muito se questiona acerca da legitimidade da atuação do Judiciário em questões que envolvam matérias relacionadas aos outros poderes do Estado.

* Bolsista da CAPES pelo Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal do Pará.

Nos moldes de uma concepção jurídico-formalista, os Poderes Executivo e Legislativo sobrepõem-se ao Judiciário na formação de políticas públicas e na própria condução do Estado, não cabendo ao Judiciário a participação - legítima e democrática - em decisões públicas.¹

Entretanto, dada a complexidade do mundo contemporâneo, exige-se um Judiciário mais participativo, capaz de decidir conflitos de diversas matizes que surgem em sociedade - inúmeras questões de índole estritamente política agora são trazidas ao exame do Poder Judiciário.²

Em face dessa realidade, alteram-se as funções clássicas dos juízes,³ que se tornam também responsáveis pelas políticas de outros poderes estatais, passando a orientar as suas atuações de forma a assegurar a integridade da Constituição e dos direitos dos cidadãos nas democracias contemporâneas.

A essa expansão dos poderes do Judiciário sobre as políticas legislativas ou executivas do Estado, que só tem lugar porque o sistema democrático permite tal atuação sobre os atos dos outros poderes, dá-se o nome de judicialização da política.^{4 5}

O fundamento da judicialização da política reside, assim, no primado da supremacia da Constituição. Destarte, o Judiciário, quando atua no âmbito político, não invade a esfera de outros poderes, mas apenas garante a respeitabilidade à Constituição.

¹ CAPPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 43.

² Para a teoria sistêmica desenvolvida por Luhman, o sistema político e o sistema jurídico apresentam códigos e programas específicos que lhes dão fechamento e operacionalidade próprios. Assim, a forma adotada de processamento desses sistemas proporciona resultados e interações sociais particulares - autonomia sistêmica - o que impede uma interação entre eles. Segundo esse pensamento, o sistema jurídico não tem, pois, capacidade para processar o político. Sobre o tema, ver: LUHMAN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983; CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

³ A teoria de Montesquieu representa o marco de uma sólida divisão dos poderes na formação do Estado, na qual a função dos juízes não ultrapassava àquela de mera pronúncia do texto legal, sem a possibilidade de qualquer interferência construtiva na aplicação da lei. Segundo ele, não há liberdade política onde se misturam as funções próprias de cada órgão estatal. Sobre o assunto ver: MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

⁴ "No sentido constitucional, a judicialização refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo de separação dos poderes do Estado, que levaria à ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política." MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: duas análises**. In: Lua Nova. Revista de Cultura e Política, nº 57, 2002, p. 117.

⁵ Fábio Konder Comparato defende a tese de que o Judiciário possui competência, apesar do princípio da separação dos poderes, para julgar questões políticas. Sobre o assunto, ver: COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, março, 1997, pp. 19-21.

Essa supremacia se justifica pela necessidade de preservar certos núcleos de direitos, como os direitos fundamentais⁶ dos cidadãos, confiando sua guarda às cortes constitucionais.

Com um papel mais participativo, o Judiciário passa não a criar lei,⁷ função essa exercida pelo Poder Legislativo, mas, ao contrário, passa a resguardar os princípios e as instituições democráticas.

À luz do trabalho apresentado por Luis Werneck Vianna, Maria Alice de Carvalho, Manuel Cunha Melo e Marcelo Burgos, a expansão do princípio democrático tem implicado numa crescente institucionalização do direito na vida social, com a invasão de espaços antes inacessíveis a ele.⁸

A mediação das relações sociais, ao fixar os direitos dos grupos organizados corporativamente, resultou na jurisdicização das relações sociais, "fazendo do direito e dos seus procedimentos uma presença constituinte do capitalismo organizado."⁹ Essa mobilização do direito é considerada, segundo os autores, um indicador de democratização social.

Assim, a judicialização da política como fenômeno social nas sociedades contemporâneas passa a introduzir uma nova caracterização para os conflitos sociais na medida em que transfere para o Judiciário a incumbência de resolver conflitos antes adstritos aos poderes institucional e democraticamente constituídos para tanto. Essa releitura de atuação dos poderes do Estado traz à lume uma série de discussões acerca do papel do Judiciário ante as democracias contemporâneas.

Trata-se de um conflito materializado em dois eixos analíticos: entre uma política democrática que privilegia a formação de uma cidadania ativa (ênfase nas

⁶ A expressão "direitos fundamentais" abrange, segundo Willis Santiago Guerra Filho, "não só os direitos do homem, considerado em sua individualidade, mas todos os direitos consagrados positivamente na Constituição." GONÇALVES, Flávio José Moreira. **Notas para a caracterização epistemológica da teoria dos direitos fundamentais**. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 36.

⁷ Não há que se falar em criação legislativa por parte do juiz. Fala-se em interpretação criativa da lei, respeitada a devida separação de funções existente entre os poderes. "A criatividade judicial, ao invés de ser um defeito, do qual há de se livrar o aplicador do direito, constitui uma qualidade essencial, que o intérprete deve desenvolver racionalmente. A interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha naturalmente no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque supostamente situado à margem da lei." MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, pp. 96-97.

⁸ Sobre o assunto, ver: WERNECK VIANA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manoel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Beummam. **A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁹ WERNECK VIANA; CARVALHO; MELO; BURGOS, *op. cit.* p. 17.

instâncias majoritárias de representação) x um Judiciário mais participativo nas questões políticas do Estado (judicialização da política).

Antes de analisar a abordagem feita por Dworkin, cabe apresentar os dois eixos analíticos que tratam da questão.

2.1 EIXO PROCEDIMENTALISTA – ÊNFASE NOS PROCESSOS DEMOCRÁTICOS DE FORMAÇÃO DA VONTADE POLÍTICA

Em defesa de um Judiciário com poderes mais limitados em respeito aos processos democráticos, sustenta-se que os tribunais apresentam sérias dificuldades para atuar de forma a reconhecer e decidir acerca dos conflitos sociais; que os canais políticos apresentam-se mais efetivos à necessidade de reformas sociais do que o Judiciário.¹⁰

Defende-se que o incremento do controle judicial prejudica o exercício da cidadania ativa, pois envolve uma postura paternalista que favorece a desagregação social e

¹⁰ Cass R. Sunstein defende a limitação do papel das cortes - minimalismo judicial. Segundo ele, o Poder Judiciário possui sérios limites institucionais que ensejam uma diminuição do seu potencial transformador (reforma social). Três problemas são de especial relevância: **1) democracia, cidadania, compromisso:** a dependência nas cortes reduz os canais democráticos de procura por mudanças (efeito corrosivo dos processos democráticos), de duas maneiras: desvia energia e recursos da política, excluindo as conquistas alcançadas por parte dos próprios cidadãos, o que pode gerar prejuízos consideráveis à democracia. Os processos democráticos de formação da vontade política mobilizam os indivíduos que passam a ser sujeitos ativos na condução das políticas públicas, aguçando, assim, sentimentos de cidadania e dedicação à comunidade. Uma ênfase no Judiciário compromete esses valores; **2) eficácia:** segundo Sunstein, as decisões Judiciais são geralmente ineficazes em promover mudanças sociais. Exemplifica o autor utilizando-se do caso *Brown v. Board of Education*. Segundo ele, a decisão da Suprema corte em *Brown* é aclamada por ter mostrado a habilidade do judiciário em reformar grandes instituições sociais, e de ter abolido o *apartheid* nos EUA. Na verdade, *Brown* confirma a fraca posição institucional do judiciário. Dez anos após a decisão, não mais que 1.2% das crianças negras no Sul participavam de escolas que haviam abolido a segregação. Segundo ele, é possível que as ações do legislativo e do executivo não teriam ocorrido sem a influência do caso *Brown*. Mas mesmo isto é altamente incerto. Existe pouca evidência de que o caso *Brown* tenha dado um ímpeto à ação política; **3) o foco limitado da adjudicação:** segundo Sunstein, a adjudicação é um sistema pobre para se atingir uma reforma social em larga escala. O foco no litígio torna mais difícil que os juízes entendam a questão, freqüentemente de efeitos imprevisíveis na intervenção legal. Uma decisão requerendo despesas em transporte escolar pode, por exemplo, dirigir recursos de uma área com uma igual ou maior necessidade para outros setores, o que pode gerar desequilíbrio com os recursos destinados aos gastos sociais. Sustenta o autor que os procedimentos legais estão em maior conformidade com idéias desenvolvidas fora da tradição da justiça compensatória típica dos tribunais, que são precariamente adaptadas para o alcance da reforma social, razão pela qual o Judiciário deve ceder ante os processos democráticos de formação da vontade política. Apresentados esses três problemas na participação das cortes em políticas públicas, afirma o autor que o *status quo* deveria, em regra, ser sujeito à democracia - não sendo afastado da deliberação democrática. Somente em raros casos é que as cortes deveriam interferir em políticas aprovadas por processos democráticos. Assim, defende um papel agressivo às cortes especialmente em dois casos: **1)** o primeiro envolve direitos que são centrais para o processo democrático e cuja solução deve ser estranha à política. Afirma o autor que a interferência governamental ao direito de voto e de expressão pede ativa proteção judicial para viabilizar as condições à cidadania, deliberação e igualdade política. Nestes casos, as cortes não devem adotar a atitude de deferência ao processo legislativo; **2)** o segundo caso envolve grupos ou interesses que pela natureza são incompatíveis a uma justa deliberação em processos democráticos (proteção das minorias). Aduz o autor que se um grupo se depara com obstáculos para organização ou preconceito e/ou hostilidade - por exemplo, homossexuais - seria errado permitir uma comum suposição em favor dos resultados democráticos. As cortes devem, nesses casos, decidir sobre decisões governamentais. Tal exame é justificado no interesse da própria democracia. SUNSTEIN, Cass. **The Partial Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1994, pp. 142-149.

o individualismo, dado que o indivíduo, enquanto simples sujeito de direitos, fica totalmente dependente (à mercê) do Estado. Torna-se um singelo cidadão-cliente do Poder Judiciário, e não um agente ativo capaz de participar na formação da vontade política do Estado - participação e comunicação democrática.

De acordo com esse eixo, a igualdade, ao reclamar mais Estado em nome da justiça distributiva, favorece a privatização da cidadania - a invasão da política pelo direito, mesmo que reclamada em nome da igualdade, levaria à perda da igualdade. O gigantismo do Poder Judiciário tem como conseqüências a estatalização dos movimentos sociais, a decomposição da política e a judicialização da mesma, o que gera um desestímulo a um agir orientado por fins cívicos, tornando-se o juiz e a lei as únicas referências para os indivíduos.¹¹

Assim, para que os cidadãos tornem-se autores e não meros destinatários do direito, não é necessária a mediação do Judiciário, mas antes a criação ou conquista de canais comunicativos que consagrem o poder democrático do povo. A Constituição deve, de acordo com essa perspectiva, apenas garantir a existência de meios e procedimentos para que os indivíduos criem o seu próprio direito. Os seus princípios não devem, portanto, expressar conteúdo substantivo, mas somente instrumentalizar os direitos de participação e comunicação democrática.

Dessa forma, o controle de constitucionalidade seria necessário apenas nos casos que tratem do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação da vontade política. Isso porque não caberia ao Judiciário dizer sobre o que decidir (conteúdo), mas apenas como decidir (garantia de procedimentos para a ampla deliberação democrática), para que os cidadãos decidam, eles próprios, como lhes convier.

No entanto, essa atuação engajada dos indivíduos como sujeitos construtores da formação da vontade política requer uma prévia cultura de liberdade capaz de produzir democraticamente o consenso - o que dificilmente se verifica nas sociedades contemporâneas, principalmente nos países capitalistas periféricos.

Trata-se, pois, de uma concepção de democracia que prioriza a vontade da maioria (ênfase nas instâncias majoritárias de representação), reagindo fortemente contra a intervenção judicial na formação de políticas públicas.

¹¹ WERNECK VIANA; CARVALHO; MELO; BURGOS, *op. cit.* p. 24.

Rejeita-se, pois, a idéia de judicialização da política. Mas nem por isso deixa o Judiciário, sob esse prisma, de ser reconhecido como uma instituição estratégica nas democracias contemporâneas. A ele é atribuído um papel de destaque à garantia aos procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas, a partir da própria cidadania.¹²

2.6.2 EIXO SUBSTANCIALISTA - JUDICIÁRIO MAIS PARTICIPATIVO NAS QUESTÕES POLÍTICAS DO ESTADO

De outro lado, partindo de um paradigma distinto de democracia, tem-se a defesa de um Judiciário que atua ativamente em nome do respeito aos direitos dos cidadãos e da solidez dos princípios democráticos: Judiciário como guardião dos princípios e valores fundamentais da democracia e como importante instrumento de transformação social do país.¹³

De acordo com essa concepção, as novas relações entre direito e política - aumento da área de atuação do mundo jurídico sobre o político - seriam tomadas como inevitáveis e favoráveis ao enriquecimento da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade.

O redimensionamento do papel do Judiciário e a invasão do direito nas sociedades contemporâneas significa uma extensão da tradição democrática a setores ainda pouco integrados à sua ordem.^{14 15}

Partindo dessa perspectiva, o Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais a possibilidade de expressar suas insatisfações e anseios.

¹² O Judiciário deve interferir em lugares socialmente estratégicos (papel inovador do juiz na reestruturação e/ou prevenção de conflitos sociais), não em questões políticas, o que causaria uma desagregação do espírito associativo dos cidadãos.

¹³ "A circunstância histórica clama por uma teoria dos direitos fundamentais engajada, que sirva de instrumento de transformação e luta das minorias ainda discriminadas. Uma teoria dos direitos fundamentais que seja capaz de extrair das normas constitucionais todo o seu conteúdo social, dando-lhes o alcance que deveriam ter e possibilitando a eficácia que se almeja delas. Uma teoria dos direitos fundamentais que expurgue a Constituição-símbolo e faça emergir a Constituição-instrumento-de-cidadania." GONÇALVES, *op. cit.*, p. 40.

¹⁴ WERNECK VIANA; CARVALHO; MELO; BURGOS, *op. cit.* p. 32.

¹⁵ "Das múltiplas mutações, a um tempo institucionais e sociais, têm derivado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva a dos partidos e a das instituições políticas propriamente ditas, no qual o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação da cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à justiça. WERNECK VIANA; CARVALHO; MELO; BURGOS, *op. cit.* P. 22.

Sob esse enfoque, caberia à Constituição a positivação do ideal de Justiça, cuja implementação pelo Judiciário transformaria progressivamente a sociedade e as instituições, conduzindo-as à concretização dos direitos dos cidadãos e ao exercício da democracia.

Para os substancialistas (eixo analítico que preconiza um Judiciário mais participativo nas democracias contemporâneas), esse controle do Judiciário auxilia na reconstrução do sistema de valores democráticos, por ser mais um nível de acesso às instâncias do poder. Abre-se espaço ao pluralismo, mediante o amplo acesso ao Judiciário, o que garante que grupos marginais - sem representatividade política - questionem e influam acerca das decisões políticas. Fomenta-se, dessa forma, a democracia por intermédio da atuação do Poder Judiciário.¹⁶

Destarte, a ampliação do poder de controle exercido pelo Judiciário não tolhe a democracia representativa, antes lhe favorece, uma vez que as minorias, que não tenham representatividade, podem utilizar-se do processo judicial contra as instâncias do poder, em evidente contemplação aos princípios democráticos.

3 ABORDAGEM DE DWORKIN ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Apresentados os dois eixos que tratam a respeito do papel do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas, cabe, agora, analisar o enquadramento da teoria de Ronald Dworkin à luz das premissas já traçadas, *i.e.*, analisar o papel que o Poder Judiciário desempenha para a construção de uma democracia (especialmente a norte-americana e a inglesa) que consagre e solidifique o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos.

3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS X SOBERANIA POPULAR¹⁷

¹⁶ Cappelletti, ao tratar da legitimidade democrática da criação do direito jurisprudencial, afirma que a idéia de representatividade plena por parte dos poderes políticos seria uma utopia, e que os tribunais podem contribuir para a representatividade do sistema político ao possibilitar amplo acesso ao processo judicial. CAPPELLETTI, *op. cit.*, pp. 92-107.

¹⁷ Da análise dessa relação (direitos fundamentais x soberania do povo) decorrem distintas concepções "sobre o papel da Constituição com seu sistema de direitos assegurados e a atuação do Poder Judiciário, especialmente no que diz respeito à hermenêutica constitucional," o que é fundamental ao desenvolvimento do estudo acerca da judicialização da política em Dworkin. Ver: CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 7.

Qual a relação de prioridade existente entre a proteção aos direitos fundamentais e a soberania do povo, à luz do paradigma liberal¹⁸ de democracia trabalhado por Ronald Dworkin?

Representante de uma democracia liberal¹⁹ ²⁰ contempladora da autonomia privada, Dworkin confere supremacia aos direitos fundamentais frente à soberania popular.²¹ ²² Com essa relação de prioridade, protege-se certos núcleos de direitos ante eventuais interferências advindas de processos majoritários de deliberação. Para Dworkin, portanto, os direitos fundamentais devem restringir a soberania do povo a fim de se resguardar os direitos e as liberdades individuais.

Isso porque nem sempre uma lei pautada na vontade de uma suposta maioria será uma lei justa; nem sempre essa lei contemplará os direitos individuais e o direito a igual respeito e consideração - crítica à democracia majoritária e à autodeterminação do povo que podem conduzir à própria degradação de seus direitos. Democracia não é, para Dworkin, a simples obediência à regra de maioria.

¹⁸ Duas são as teses primordiais do liberalismo enquanto filosofia política normativa: 1) "Estado deve proteger um conjunto de direitos fundamentais dos cidadãos"; 2) o "Estado deve ser neutro no que se refere às condições de boa vida a que o cidadãos devotem lealdade e que se empenhem em realizar." VITA, Álvaro de. **Justiça Liberal**. São Paulo: Paz e Terra, 1993, p. 12.

¹⁹ Ronald Dworkin é representante de um liberalismo progressista. Para ele, a garantia dos direitos individuais é a função mais importante do sistema jurídico. Mas o seu liberalismo não é do tipo conservador. A sua crítica ao positivismo jurídico - que é a manifestação por excelência da teoria jurídica liberal tradicional - e a crítica ao utilitarismo - que até hoje tem sido uma das manifestações da filosofia política liberal - o conduzem a um liberalismo progressista pautado em fundamentação igualitária, *i.e.*, liberalismo igualitário.

²⁰ Ressalte-se que Dworkin afasta a distinção usual entre **Liberais x conservadores**. Segundo ele, é comum distinguir os juízes entre os que obedecem a constituição (conservadores) e os que tentam reformá-la segundo suas próprias convicções (liberais). Assim formulada, essa distinção carece tanto de fundamento, uma vez que nega a natureza interpretativa do Direito, como de utilidade. Propõe reformulá-la pela subdivisão dos compartimentos: **1) quanto à interpretação**, em juízes conservadores, que buscam fidelidade às intenções dos fundadores ou dos juízes da tradição da suprema corte e liberais, que não buscam tal fidelidade; **2) quanto às convicções políticas** assumidas pelos juízes, em juízes conservadores e liberais. Mesmo assim, é possível que algum juiz não seja completamente classificável em tais compartimentos. DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 429-430.

²¹ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 25-32.

²² Gisele Cittadino faz uma abordagem acerca do debate contemporâneo entre liberais, comunitários e crítico-comunicativos (crítico-deliberativos). Segundo ela, os comunitários, ao contrário dos liberais, privilegiam a soberania popular face os direitos fundamentais - participação ativa dos cidadãos nos assuntos públicos; os crítico-deliberativos, por sua vez, defendem que há uma relação de co-originalidade entre os direitos fundamentais e a soberania popular "de vez que, nas sociedades pós-convencionais, os indivíduos são ao mesmo tempo autores e destinatários do seu próprio direito. Nesse sentido, a instituição do direito legítimo só é possível se, conjuntamente, estão garantidas não apenas as liberdades subjetivas que asseguram a autonomia privada, mas também a ativa participação dos cidadãos através de sua autonomia pública." CITTADINO, *op. cit.*, p. 7.

Numa democracia constitucional concebida em paradigmas liberais, deve-se, sobretudo, assegurar a garantia aos direitos fundamentais dos cidadãos, atribuindo-se respeitabilidade à Constituição e à dinâmica de direitos nela materializada.

A Constituição, documento no qual se declaram os direitos fundamentais dos cidadãos que se impõem ante os processos majoritários de formação da vontade política, tem como escopo primordial proteger os direitos e liberdades individuais que asseguram a autonomia moral dos indivíduos - sentido deontológico de validade das normas e princípios constitucionais.^{23 24}

Isso significa que os direitos constitucionalmente assegurados devem ser interpretados como comandos impositivos, e não como simples valores que, em algumas hipóteses específicas, têm preferência em relação aos demais.

Nesse sentido, os direitos fundamentais devem estar garantidos nas Constituições, tanto por intermédio de regras como de princípios,²⁵ para que o Estado e a comunidade respeitem a inviolabilidade dos direitos e liberdades individuais dos cidadãos.²⁶

27

Esses direitos fundamentais constitucionalmente garantidos - direitos individuais - preenchem o próprio conteúdo da democracia, bem como traçam os limites e contornos de atuação dos poderes estatais.

Isso significa que o paradigma liberal de democracia concebido por Dworkin - Democracia Constitucional - consagra que os direitos individuais são trunfos frente à maioria e, por isso, sobrepõem-se frente ao governo e a eventuais grupos representativos de

²³ CITTADINO, *op. cit.*, p. 7.

²⁴ Os comunitários, ao contrário, concebem a Constituição como um "projeto social integrado por um conjunto de valores compartilhados, que traduz um compromisso com certos ideais" - sentido teleológico às normas e princípios constitucionais. Para ele, "os direitos constitucionais asseguram as liberdades positivas enquanto capacidade de determinação e controle de uma existência conjunta." Os crítico-deliberativos, por seu turno, acreditam que a Constituição, "especialmente porque configura um sistema de direitos fundamentais, tem a função de contextualizar princípios universalistas e, desta forma, se transformar na única base comum a todos os cidadãos" - atribui, assim como os liberais, um sentido deontológico de validade às normas e princípios constitucionais. CITTADINO, *op. cit.*, p. 9.

²⁵ Princípios são exigências "de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade." Devem ser tratados como padrões jurídicos obrigatórios: caráter deontológico de aplicabilidade dos princípios. DWORKIN, **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 36-50.

²⁶ Ressalte-se que "nem as diretrizes políticas que se encontram na origem do processo legislativo, nem as prestações jurisdicionais podem estar em desacordo com os princípios morais". As pretensões individuais não podem, pois, ser violadas por diretrizes políticas ou mesmo por decisões judiciais. CITTADINO, *op. cit.*, pp. 187-188.

²⁷ Fala-se em leitura moral da Constituição. De acordo com ela, os direitos fundamentais nela garantidos devem ser "interpretados como princípios morais que decorrem da justiça e da equidade e que fixam limites ao poder governamental. DWORKIN, *O Império do Direito*, pp. 423-476; CITTADINO, *op. cit.*, p. 191.

maiorias que participem de procedimentos de formação da vontade pública e tentem restringir as liberdades e direitos individuais.

A Constituição resguarda, assim, certos direitos fundamentais, da mesma forma em que impede interferências indevidas - fruto de eventuais procedimentos majoritários de formação da vontade política - nesse âmbito de proteção constitucional.

Dessa forma, nenhuma diretriz política²⁸ nem objetivo social coletivo pode sobrepor-se a um autêntico direito individual²⁹ - direito esse não apenas jurídico, mas também moral.³⁰ Os direitos individuais adquirem, pois, relevância frente aos direitos coletivos.^{31 32 33}

Dworkin, ao conferir esse sentido de validade deontológico aos princípios jurídicos, critica a função discricionária dos juízes defendida pelos positivistas,^{34 35} uma vez que ela não resguarda, de forma ótima, o respeito aos direitos fundamentais. Enuncia, portanto, a tese da resposta correta ao direito, mesmo nos casos difíceis - propugna que o sistema jurídico tenha uma função garantidora de direitos.

²⁸ Dworkin conceitua política àquele "tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade." DWORKIN, Uma Questão de Princípio, p. 36.

²⁹ Nenhum objetivo social pode ser justificado - ainda que sirva ao bem estar geral - se viola os direitos individuais

³⁰ Para Dworkin, o Direito possui tanto um caráter instrumental como uma "dimensão moral substantiva que se revela na existência de princípios que, ao lado das normas, o integram. Esses princípios, caracterizados como exigências da moralidade política são representados pelos seguintes ideais: uma estrutura política justa; uma justa distribuição de recursos e oportunidades e, finalmente, um processo equitativo de fixação das normas que os estabelecem." CITTADINO, *op. cit.*, p. 152-153.

³¹ São duas as virtudes da moral política - valores que o direito visa a materializar: justiça (dimensão substantiva das decisões políticas) e equidade (dimensão procedimental das decisões políticas). Em alguns casos esses dois tipos de juízo caminharão juntos. Em outros, porém, tomarão rumos diferentes. Ressalte-se que não há um padrão que estabeleça a prevalência da justiça sobre a equidade nem da equidade sobre a justiça. Para resolver eventuais contraposições entre justiça e equidade, é que o Direito como integridade surge para dirimir esse conflito. Haverá momentos em que a justiça prevalecerá face a equidade; em outros, prevalecerá a equidade em detrimento da justiça. Essa é a concretização do ideal de integridade: a prevalência da decisão mais coerente com o ordenamento jurídico a partir do cotejamento com decisões passadas (se as decisões passadas não mais se justificam devem ser alteradas em nome da própria integridade e coerência) e respeito aos ideais de equidade e justiça de uma comunidade.

³² A teoria de Dworkin é antiutilitarista e individualista. Na base das teorias utilitaristas se encontram fins coletivos aos quais devem ser subordinados os direitos individuais. Dworkin recusa o utilitarismo porque não leva os direitos individuais a sério. Sustenta que os objetivos sociais apenas são legítimos se respeitam os direitos dos indivíduos. Uma verdadeira teoria do direito deve dar prioridade aos direitos individuais frente aos objetivos sociais.

³³ Segundo Dworkin, a justiça "é uma questão de direito individual, não, isoladamente, uma questão de bem público". DWORKIN, O Império do Direito, p. 39.

³⁴ Dworkin, em uma das várias críticas efetuadas ao positivismo, demonstra sua discordância à tese da discricionariedade judicial. Para os positivistas, caso não haja uma norma exatamente aplicável, o juiz deve decidir discricionariamente. Sustentam eles que o direito não pode oferecer resposta a todos os casos que se propõem. DWORKIN, Uma Questão de Princípio, p. 46-50.

³⁵ É em contrariedade à racionalidade sistêmico-instrumental do positivismo jurídico que se constitui o movimento de retorno ao direito - em busca de um fundamento ético para a crescente juridificação das relações sociais. CITTADINO, *op. cit.*, p. 143.

Destarte, caso se admita a discricionariedade judicial, então os direitos individuais ficam desprotegidos - à mercê dos juízes. Sendo assim, para a garantia dos direitos individuais, Dworkin defende, contrariamente ao positivismo³⁶ que ante o caso difícil abandona o problema à irracionalidade e ao sentimento subjetivo do juiz, a certeza do direito por intermédio de uma busca de racionalidade - critérios objetivos de justificação do direito.

Para que o juiz chegue a essa racionalidade, terá que construir um raciocínio jurídico caracterizado por um exercício de interpretação construtiva.³⁷ Esse procedimento construtivo consubstancia o direito como integridade.³⁸

À luz desse procedimento, o Direito deve almejar a integridade,³⁹ ⁴⁰ de modo a se formar um Estado ou uma comunidade que não seja regida apenas por regras, mas também por princípios que são exigências da moralidade política. Os princípios devem, assim, ser a base das decisões proferidas pelos juízes, na busca da racionalidade e da coerência nas decisões judiciais e em nome da preservação dos direitos e garantias

³⁶ A crítica do pressuposto da distinção rígida entre direito e a moral é um dos focos da crítica de Dworkin ao positivismo. Segundo ele, o direito não se resume a um conjunto de normas, mas incorpora princípios decorrentes da moralidade política. A argumentação jurídica invoca e utiliza princípios que os tribunais desenvolvem mediante processo de argumentação e de criação de precedentes. Estes princípios são especificamente morais. Como consequência, a argumentação jurídica depende da argumentação moral no sentido de que os princípios morais têm um importante papel na argumentação jurídica. Assim, defende que a tese central do positivismo - separação entre direito e moral - é falsa. Por essa tese, há autores que interpretam sua obra como uma nova versão do Jusnaturalismo. Mas Dworkin recusa o modelo de argumentação típico do naturalismo, porque não crê na existência de um direito natural que seja constituído por um conjunto de princípios unitários, universais e imutáveis. Parte do pressuposto de que a argumentação moral se caracteriza pela construção de um conjunto consistente de princípios. Trata-se de uma tarefa reconstrutivo-racional do pensamento moral que se estende ao pensamento jurídico. Dworkin, rejeitando o positivismo e o Jusnaturalismo, tem, pois, o seu próprio aparato analítico: o modelo da reconstrução racional aplicado ao conhecimento do direito.

³⁷ Esta idéia se explica através da analogia que Dworkin faz do juiz com o crítico literário que ao mesmo tempo é autor. Como autor ele vai continuar a escrever uma história já iniciada por outro, mas, ao mesmo tempo, fazendo uma crítica na medida em que interpreta o que já fora escrito. Nesse sentido deverá o juiz levar em consideração o passado ao mesmo tempo que projeta para o futuro para chegar à melhor justificação possível da prática jurídica como um todo. Esse procedimento construtivo consubstancia o direito como integridade. DWORKIN, *O Império do Direito*, pp. 275-279.

³⁸ O Direito como integridade concebe o Direito como um modo de aperfeiçoamento da comunidade política, mediante o aprofundamento de seu fundamento moral e a reinterpretção construtiva de sua tradição jurídica. Recusa a idéia do Direito como convenção porque considera que a ordem de direitos e responsabilidades decorre da própria convivência social e política, e não de um estabelecimento arbitrário. Recusa o raciocínio pragmático-utilitarista, porque distingue claramente o raciocínio jurídico do político, não subordinando questões de moral política a considerações teleológico contextuais. Recusa, também, a dualidade entre descobrir um direito pré-existente (como no convencionalismo) e inventar um direito novo (como no pragmatismo), porque entende que a prática jurídica é mais bem compreendida quando se reconhece que as decisões judiciais fazem ao mesmo tempo as duas coisas e nenhuma delas. DWORKIN, *O Império do Direito*, pp. 271-331.

³⁹ "O Direito como integridade começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim determine." O que se busca no passado é a composição coerente de princípios de uma dada comunidade. Com isso poder-se-á encontrar a única decisão correta para cada caso. DWORKIN, *O Império do Direito*, p. 274.

⁴⁰ "Segundo o Direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade." DWORKIN, *O Império do Direito*, p. 272.

individuais contemplados nas democracias contemporâneas. Os princípios, segundo o autor, estão fundamentados no próprio conceito de interpretação construtiva.⁴¹

Através do Direito como integridade, chega-se, dessa forma, a uma interpretação a ser aplicada ao caso concreto. Não aceitar a possibilidade de se chegar a uma interpretação correta do Direito significa a negação de sua força normativa, abrindo-se espaço a decisionismos e arbitrariedades, incompatíveis com a preservação e respeito aos direitos fundamentais contemplados pelos ideais democráticos.

3.2 O PAPEL DO JUDICIÁRIO ANTE A GARANTIA DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS

Dworkin constrói os fundamentos de sua teoria - acerca do papel que o Direito desempenha para a construção de uma democracia que consagre e solidifique o respeito aos direitos individuais - a partir de uma abordagem jurídico-política da atividade judicial, sob a perspectiva do juiz, que, segundo o autor, é "um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposital, da prática jurídica."⁴²

À luz das premissas teóricas desenvolvidas por Dworkin, indaga-se: qual o papel que o Poder Judiciário desempenha à construção de uma democracia que esteja em consonância com a preservação e respeito aos direitos individuais? Conceder ao Judiciário a última palavra em uma série de questões que envolvam aspectos centrais de uma nação é o meio adequado para a garantia dos princípios democráticos?

Dworkin é enfático, em suas abordagens sobre o tema, em recusar que o Poder Judiciário exerça um papel passivo nas democracias contemporâneas. Ao contrário. Adota

⁴¹ DWORKIN, O Império do Direito, pp. 271-331.

⁴² DWORKIN, O Império do Direito, p. 19.

posição progressista ao concebê-lo como um poder estratégico capaz de afirmar e proteger os princípios democráticos.^{43 44}

Segundo Dworkin, os juízes desempenham atividade substancialmente diversa à atividade desenvolvida pelos membros do Poder Legislativo, uma vez que estes foram eleitos para concretizar políticas públicas ditadas pela comunidade; pautam as suas atividades por princípios de política. Os juízes, ao contrário, são guiados, mesmo nos casos difíceis, por argumentos de princípios, não de política.

Dworkin, analisando a importância das decisões judiciais - em comparação às decisões legislativas - à construção do ideal democrático, aduz que não há razão para se pensar que a transferência de decisões sobre direitos, das legislaturas para os tribunais, prejudicará o ideal democrático da igualdade de poder político. Segundo ele, os legisladores não estão institucionalmente em melhor posição do que os juízes para decidir questões sobre direitos. Ao contrário, podem os juízes ser o elemento propulsor desse ideal.⁴⁵

Para o autor, carecem argumentos para demonstrar que decisões legislativas sobre direitos tenham mais probabilidade de serem corretas do que decisões judiciais. Segundo ele, desconhece-se a razão pela qual seja mais provável um legislador ter opiniões mais precisas sobre o tipo de fatos que seriam relevantes para determinar o que são os direitos das pessoas. Ao contrário. Afirma que a técnica de examinar uma reivindicação de direito no que diz respeito à coerência especulativa é muito mais desenvolvida em juízes do que em legisladores.

⁴³ Apesar de Dworkin rejeitar um papel passivista ao Poder Judiciário, nem por isso pode-se designar o seu juiz de ativista. É que ele repudia tanto o passivismo como o ativismo. Segundo Dworkin, o juiz passivista só anula atos de outros poderes em último caso, enquanto o ativista o faz sempre que os desaprova. O passivismo considera indecidível a questão do alcance do conteúdo das fórmulas abstratas e inseguro e impertinente recorrer às intenções do legislador. Considera mais democrático deixar as questões de alcance concreto aos legisladores, que podem ser renovados a cada eleição, do que confiá-las à suprema corte, a que o povo só pode opor-se mediante a difícil via da emenda constitucional. O passivismo supõe que a equidade é a principal virtude de uma prática constitucional e ignora que certas regras constitucionais têm precisamente a função de impedir que a maioria se faça valer contra a minoria em questões de justiça. Conduziria a inexistência mesma de direitos constitucionais explícitos. Deve, portanto, ser rejeitado. Nem por isso se torna aceitável o ativismo, que é uma forma de pragmatismo jurídico, nega qualquer valor à equidade e é incapaz de fornecer uma justificativa política adequada para o uso da coação. DWORKIN, *O Império do Direito*, pp. 441-453.

⁴⁴ Sunstein critica a defesa de Ronald Dworkin acerca do papel de destaque reservado ao Judiciário nas democracias contemporâneas. Segundo ele, Dworkin defende um papel ativo ao judiciário a partir da teoria de que a Suprema Corte é o “fórum principal” para atuar em prol dos interesses de grupos políticos. Mas, sustenta que a Suprema Corte não é a única instituição fundada em princípios éticos e morais. Pelo contrário, a maioria dos reflexos de deliberações fundadas nos princípios na História Americana tem vindo do Congresso e do Presidente, e não das Cortes. A crença nas políticas deliberativas tem sido central ao constitucionalismo americano desde seu início. Não há razão suficiente para abandonar essa crença agora. Para ele, então, uma Suprema Corte agressiva é o adicional de um produto sem ambigüidade. SUNSTEIN, *op. cit.*, pp. 145-146.

⁴⁵ DWORKIN, *Uma Questão de Princípio*, pp. 25-32.

Sustenta, ainda, que, em muitos momentos, os legisladores estão sujeitos a pressões políticas a que não estão sujeitos os juízes. Os magistrados, prescindindo de apoio político para a manutenção de seu poder, não têm nenhum temor direto na insatisfação popular gerada pelo seu desempenho, ao contrário do que ocorre com os membros do Poder Legislativo.⁴⁶

Para Dworkin, numa democracia, sem dúvida, o poder está nas mãos do povo. Mas há imperfeições no caráter igualitário da democracia que são parcialmente irremediáveis - como as minorias que não são contempladas pelos processos democráticos de formação da vontade política.

Para corrigir essas imperfeições, verifica-se a transferência de atribuições institucionais do Poder Legislativo ao Poder Judiciário - conferindo-se, assim, poder político a alguns indivíduos outrora excluídos desse processo.

Isso ocorre porque, numa democracia concebida nos moldes Dworkinianos, os cidadãos têm o direito de exigir "um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los".⁴⁷

A transferência de algumas decisões do Legislativo para o Judiciário é, em regra, mais benéfica a setores pouco integrados à tradição democrática - os pobres e as minorias. Normalmente, os ricos exercem mais poder - influência - sobre o Legislativo, o que lhes proporciona maiores vantagens, em detrimento da camada social oposta; do mesmo modo, o viés majoritário do Legislativo funciona mais severamente contra as minorias e é por isso que há mais probabilidade de que seus direitos sejam ignorados nesse fórum.⁴⁸

Assim, a via de acesso ao Judiciário contribui ao aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos minoritários a possibilidade de reivindicar pela preservação dos seus direitos. Tal consideração baseia-se na idéia de que os

⁴⁶ DWORKIN, Uma Questão de Princípio, pp. 25-32.

⁴⁷ DWORKIN, Uma Questão de Princípio, pp. 25-32.

⁴⁸ "Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas." DWORKIN, Uma Questão de Princípio, pp. 25-32.

direitos e liberdades individuais são constantemente desrespeitados pela vontade da maioria, ocasionando, assim, ameaças e prejuízos aos direitos das minorias.⁴⁹

Em artigo publicado no O estado de São Paulo, Dworkin aduz que o controle judicial sobre os atos do Poder Legislativo não é um modelo perfeito de exercício democrático do poder, mas um instrumento viável e que se tem mostrado eficiente na realidade norte-americana. Trata-se de um “arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, estabelecer um controle judicial sobre o que o Legislativo majoritariamente decide, garantindo que os direitos individuais, que são um pré-requisito da legitimidade deste, não serão violados.”⁵⁰

Segundo Dworkin, com o redimensionamento das funções do Poder Judiciário, o Direito assume uma especial forma de resolver ou mesmo esclarecer controvérsias políticas.⁵¹ Trata-se da judicialização da política⁵² - transfere-se às cortes o papel de resolver conflitos políticos antes adstritos a outros poderes do Estado.⁵³

O fundamento desse processo de judicialização da política reside no próprio modelo de Constituição concebido por Dworkin - Constituição como integridade -, que garante a indisponibilidade dos direitos e das liberdades fundamentais.

Para a garantia dessa indisponibilidade, torna-se necessária uma alteração das funções originais do Poder Judiciário, que passa a examinar e decidir se o exercício do poder de legislar está, de fato, conduzindo ao respeito aos direitos fundamentais.

Em nome da integridade da Constituição e dos direitos nas democracias contemporâneas admite-se, assim, o instituto da revisão judicial (*judicial review*),⁵⁴ que autoriza os tribunais a declarar a inconstitucionalidade das normas - advindas de processos políticos deliberativos - que sejam incompatíveis com os princípios contemplados na Constituição.

⁴⁹ Para a preservação dos direitos individuais de minorias o Judiciário exercerá um papel de fundamental importância, uma vez que, para a sua garantia, atuará até mesmo contra a vontade da maioria (instâncias majoritárias de representação).

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Juízes políticos e democracia**. In: O Estado de São Paulo, 26/abril, 1997.

⁵¹ DWORKIN, Uma Questão de Princípio, p. VIII.

⁵² Essa terminologia “judicialização da política” não é usada, de maneira expressa, por Dworkin. O autor fala em transferência de questões políticas ao Poder Judiciário; ou transferência de questões do campo da batalha política de poder para o fórum do princípio, o que nada mais é, em essência, do que o fenômeno da judicialização da política.

⁵³ “A revisão judicial assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão finalmente expostas e debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político, uma transformação que não pode ter êxito no âmbito da própria legislatura.” DWORKIN, Uma Questão de Princípio, p. 102.

⁵⁴ A revisão judicial “obriga o debate político a incluir o argumento acerca do princípio, não apenas quando um caso vai ao Tribunal, mas muito antes e muito depois. DWORKIN, Uma Questão de Princípio, p. 102.

Ao efetuar esse controle de constitucionalidade, em muitos momentos, os tribunais acabam por adentrar em questões eminentemente políticas - mas para a própria garantia dos direitos fundamentais, o que é uma exigência da democracia.⁵⁵

Assim, o instituto da revisão judicial não afronta os ideais democráticos por atuar, em algumas ocasiões, até mesmo contra os processos majoritários de formação da vontade política. Ao contrário. Esse instituto garante a própria democracia ao efetuar o controle de constitucionalidade de normas que desrespeitam os direitos garantidos constitucionalmente. Esse poder dos tribunais decorre da garantia de preservação dos direitos fundamentais do próprio povo.⁵⁶

A partir dessa perspectiva, qualquer diretriz política ou objetivo social coletivo que porventura prevaleça face a um direito individual sofrerá o controle do Poder Judiciário. As cortes passam a atuar em aspectos centrais da nação - inclusive em assuntos políticos - para garantia dos princípios e instituições democráticas.

Assim, ao invés de ofensivo à democracia, a atuação do Judiciário em questões políticas passa a ser fundamental a sua própria preservação, na medida em que propicia um debate norteado por princípios e não simplesmente por valores forjados através de eventuais maiorias.⁵⁷

As cortes passam a desempenhar, dessa maneira, um papel de destaque à construção de uma democracia que esteja em consonância com a preservação e respeito aos direitos individuais.⁵⁸

⁵⁵ A Suprema Corte "tem o poder de revogar até mesmo as decisões mais ponderadas e populares de outros setores do governo, se acreditar que elas são contrárias à Constituição." DWORKIN, *O Império do Direito*, p.4.

⁵⁶ "Hércules não é um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-o de seu poder democrático. Quando intervém no processo de governo para declarar inconstitucional alguma lei ou outro ato do governo, ele o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente quer dizer. DWORKIN, *O Império do Direito*, p. 476.

⁵⁷ Os comunitários, ao contrário, acreditam que a concepção liberal de interpretação dos direitos fundamentais, bem como a defesa da revisão judicial são incompatíveis "com uma política de reconhecimento igualitário capaz de assegurar a sobrevivência das distintas entidades culturais, ao mesmo tempo em que cria obstáculos aos processos deliberativos democráticos nos quais se traduz o direito de autodeterminação cidadã. Os crítico-deliberativos, por sua vez, pretendem compatibilizar o processo político-deliberativo com uma interpretação constitucional que parte do sentido deontológico das normas jurídicas. CITTADINO, *op. cit.*, pp. 194-217.

⁵⁸ Segundo Dworkin, chegou-se "a um equilíbrio em que o tribunal desempenha um papel no governo, mas não, mesmo exagerando, o papel principal." Sustenta o autor que o melhor que se tem a fazer é "trabalhar, abertamente e com boa vontade, para que o argumento nacional de princípio oferecido pela revisão judicial seja o melhor argumento. Temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião nem de profecia. Chamo isso de direito." DWORKIN, *Uma Questão de Princípio*, p. 103.

Dworkin considera que um dos principais objetivos do sistema jurídico seja, assim, controlar e limitar a ação do governo ante a preservação dos direitos individuais - o que significa a própria preservação da democracia.

Mas, ressalte-se que essa atuação do Judiciário na seara política requer uma prestação jurisdicional que não seja calcada em fundamentos de natureza política, mas, ao contrário, em princípios.⁵⁹

As decisões judiciais devem, então, conter racionalidade em suas argumentações - coerência na justificação do raciocínio jurídico. Em nome dessa coerência racional,⁶⁰ devem pautar-se em argumentos baseados em princípios e não em argumentos baseados em políticas.⁶¹

Assim, o juiz deverá analisar os direitos das partes em questão para articular a sua decisão, baseando-se em princípios. Esses princípios, em muitas ocasiões, podem ser concorrentes. A escolha de um em detrimento do outro se dará no sentido de que o selecionado conduzirá à resposta correta, a partir das premissas metodológicas do direito como integridade.⁶²

3.3 PODER JUDICIÁRIO X DIREITOS SOCIAIS

À luz dos fundamentos desenvolvidos na teoria de Dworkin, verifica-se que nem sempre os casos apresentados ao Poder Judiciário terão a sua apreciação. Em muitas ocasiões as cortes os deixarão à política - tal como defendem os passivistas.⁶³

⁵⁹ Segundo Dworkin, "o tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política - decisões sobre que direitos as pessoas têm sob o nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral". O Poder Judiciário tem como função garantir os direitos individuais e não assinalar objetivos sociais. Assim, os juízes não baseiam suas decisões em objetivos sociais ou diretrizes políticas. Decidem, inclusive os casos difíceis, com base em fundamentos jurídicos. DWORKIN, Uma Questão de Princípio., p. 101.

⁶⁰ Robert Alexy volve-se também ao problema da racionalidade do direito - contra decisionismos, arbítrio, subjetivismos na aplicação dos direitos fundamentais - pretendendo efetuar uma reformulação metodológica à jurisprudência dos valores por intermédio de uma ponderação valorativa. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993, pp. 81-172. Mas, até que ponto há, de fato, racionalidade nessa ponderação de valores proposta por Alexy? Na verdade, defende-se que o autor não consegue conter a discricionariedade, o subjetivismo e o arbítrio na aplicação do direito, uma vez que, em essência, é o próprio juiz quem elege os valores a serem aplicados ao caso, sem dose significativa de racionalidade.

⁶¹ Os argumentos de política justificam uma decisão que avança ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo; enquanto que os argumentos (jurídicos) de princípio o fazem mostrando que a decisão respeita ou assegura algum direito individual ou de grupo. As decisões judiciais devem ser geradas por princípios e não por políticas.

⁶² CHUEIRI, Vera Karam de. **Considerações em torno da teoria da coerência narrativa de Ronald Dworkin**. In: <www.buscalegis.ufsc.br>.

⁶³ Segundo Dworkin, o juiz passivista só anula atos de outros poderes em último caso, uma vez que considera mais democrático deixar as questões de alcance concreto aos legisladores, que podem ser renovados a cada eleição, do que confiá-las à suprema corte. O passivismo supõe que a equidade é a principal virtude de uma prática constitucional e ignora

Isso ocorre especialmente em casos que envolvam objetivos coletivos da comunidade. Nessa hipótese, o Judiciário será deferente à política, *i.e.*, aos processos majoritários de formação da vontade política - o Poder Legislativo, eleito pelo povo, segundo ele, é o poder com melhores condições à traçar as diretrizes políticas gerais que o Estado deve seguir.

Assim é o seu posicionamento:

Hércules não é um ativista. Ele "vai recusar-se a substituir seu julgamento por aquele do legislador quando acreditar que a questão em jogo é fundamentalmente de política, e não de princípio, **quando o argumento for sobre as melhores estratégias para satisfazer inteiramente o interesse coletivo por meio de metas, tais como a prosperidade, a erradicação da pobreza ou o correto equilíbrio entre economia e preservação.**"⁶⁴

Não cabe, portanto, ao Judiciário a imposição de direitos sociais, mas apenas a garantia de direitos fundamentais individuais. E, para a sua proteção, atuará até mesmo no sentido de evitar que a implementação de diretrizes políticas e/ou objetivos sociais coletivos sobreponham-se à sua integridade - em muitas ocasiões verifica-se o processo de judicialização da política para a garantia à respeitabilidade desses direitos, que dão o próprio conteúdo à democracia.

Critica-se os pressupostos dessa teoria liberal defendida por Ronald Dworkin uma vez que ela menospreza a importante participação do Judiciário à concretização dos direitos sociais. A efetividade dos direitos individuais e sociais dos cidadãos nas democracias contemporâneas exige uma participação cada vez mais ativa do Judiciário,⁶⁵

que certas regras constitucionais têm precisamente a função de impedir que a maioria se faça valer contra a minoria em questões de justiça. DWORKIN, *op. cit.*, 1999, pp. 441-453. Ver nota nº 52. Ressalte-se que Dworkin repudia o passivismo. Isso porque, em muitas situações, o Judiciário não deve subordinar-se às autoridades eleitas. Para a proteção da democracia, irá atuar até mesmo em sentido contrário àquele que seria tomado pelos representantes do povo. Será sua função, assim, a proteção dos indivíduos e das minorias, mesmo contra os representantes da maioria. Para tanto, Hércules não poderá adotar uma atitude passivista ante a violação desses bens que é de sua responsabilidade a proteção.

⁶⁴ DWORKIN, O Império do Direito, pp. 474-475.

⁶⁵ As cortes devem assumir, assim, um papel destinado a realização das exigências de um direito material. As instituições democráticas e o respeito aos direitos fundamentais - individuais e sociais - não se realizam em sua plenitude sem um judiciário capaz de garanti-los - aumento da visibilidade política e social do Judiciário. O Judiciário constitui-se, assim, em poder estratégico, capaz de assegurar que as políticas públicas garantam o respeito aos direitos dos cidadãos e às instituições democráticas.

não cabendo a ele ser deferente à política - tal como preceituam os passivistas - nos casos que envolvam objetivos coletivos da comunidade, mas, ao contrário, ser um poder estratégico capaz de garantir a respeitabilidade a toda amplitude de direitos dos cidadãos - Judiciário como guardião dos princípios e valores fundamentais da democracia e como importante instrumento de transformação social do país.

4 CONCLUSÃO

Dworkin, com a sua teoria acerca da democracia, contribui com importantes subsídios em favor da tese da revisão dos atos políticos pelo Poder Judiciário. Referida revisão judicial dos atos deliberados na arena majoritária auxiliam na consolidação da democracia e na redução da ingerência de grupos de interesses nas definições de políticas públicas do Estado.

O redimensionamento do papel do Judiciário - que propicia a atuação das cortes em questões eminentemente políticas - não corresponde, assim, a um fenômeno estranho à tradição democrática. Ao contrário. Corresponde a própria preservação de uma democracia que esteja em consonância com a garantia e respeito aos direitos individuais.

Extrai-se da teoria de Dworkin que a democracia somente pode funcionar, sob sua melhor luz, quando se tem um sistema no qual os juízes interpretam, sob o manto da racionalidade, o cenário jurídico de uma determinada comunidade, de modo a resguardar o conjunto de princípios que a regem, com especial ênfase aos direitos individuais.

Para resguardar esses princípios, verifica-se a expansão do Judiciário nos processos decisórios nas democracias contemporâneas, *i. e.*, a ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas - processo de judicialização da política: aumento da potencialidade dos tribunais na realização dos interesses de minoria, através da conexão de interesses políticos com os princípios constitucionais -, baseada na constitucionalização dos direitos fundamentais que dão o próprio conteúdo à democracia.

Para Dworkin, é possível, assim, manter a liberdade e o respeito aos princípios democráticos em um sistema legal onde os juízes têm a última palavra, desde que considerem os aspectos morais e o respeito pela individualidade.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

APPIO, Eduardo. **A judicialização da política em Dworkin**. In: Seqüência 47 – Revista do curso de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Ano XXIV, n. 47, Dezembro, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, março, 1997.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Considerações em torno da teoria da coerência narrativa de Ronald Dworkin**. In: <www.buscalegis.ufsc.br>

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria da Constituição**. São Paulo: Editorial Verbo, 2000.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma Questão de Princípio.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Levando os Direitos a Sério.** Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Juízes políticos e democracia.** In: O Estado de São Paulo, 26/abril, 1997.

GONÇALVES, Flávio José Moreira. **Notas para a caracterização epistemológica da teoria dos direitos fundamentais.** In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho entretanto términos de teoría del discurso*, tradução de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Editorial Trotta, 1999.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. **O Federalista.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle no Brasil e na Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LUHMAN, Niklas. **Sociologia do Direito.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: duas análises.** In: Lua Nova. Revista de Cultura e Política, nº 57, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.** Instituto brasiliense de direito público - IDP. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis.** São Paulo: Martins Fontes, 1993.

OLIVEIRA Jr., José Alcebíades de. **Politização do Direito e juridicização da política.** In: <www.buscalegis.ufsc.br>

SILVA, Sérgio André R. G. da. **Comentários acerca dos efeitos da decisão proferida no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade das normas tributárias.** São Paulo. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 83, agosto/2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (m) crise - Uma exploração hermenêutica da construção do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SUNSTEIN, Cass. **The Partial Constitution.** Cambridge: Harvard University Press, 1994.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de Justiça** (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 1999.

VITA, Álvaro de. **Justiça Liberal**. Argumentos liberais contra o neoliberalismo. São Paulo: Paz e Terra, 1993.

WERNECK VIANA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manoel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Beummam. **A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.